



ZHUAN YING QI DE DA XUE FA ZHI JIAN LU WANG GUO DA XUE FA DE ZHI DING

转型期的大学法治

——兼论我国大学法的制定

姚金菊 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



D922.16

40

2007

转型期的大学法治

——兼论我国大学法的制定

姚金菊 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

内 容 提 要

在科教兴国战略、依法治国方略和人才强国战略这一宏观背景下，结合我国处于转型期这一历史背景，针对我国目前大学制度中出现的种种问题，作者选取了大学法治为题，在分析介绍各国有关理论制度的基础上，从我国的历史和现实情况出发，试图对处在我国社会转型时期中的大学法治进行全面的考察和建构，指出：法治是实现科教兴国战略和人才强国战略的落实和保障，大学法治是实现大学理念的有效保障。大学法治的构建首先是以学术自由为基础的大学自治的构建，大学自治制度构成大学法治的核心；但大学法治并不仅仅以大学相对独立于国家的大学自治制度为内容，大学自治制度

的真正实现还有待于大学的有效治理；而大学的有效治理不仅仅在于大学内部权力的有效运行，还要注重保障大学成员尤其是教师和学生的权利；大学法治的实现需要有效的解决大学争议，而司法审查正是解决大学争议的最后途径，也是大学自治、大学成员权利的有效保障。对于处在转型期的我国来说，大学法治的构建尤其需要立法的完善，制定大学法或在统一学校法中专章规定大学法条款是实现大学法治的前提。

本书由导论、正文和结语三个部分组成：

导论部分。以公立大学为研究对象，分析提出大学法治的意义，提出大学法治的构建问题；介绍了本文的创新之处以及不足，提供了大学法治的图解。

第一章为大学法治的基础。从历史进程考察，大学在产生发展过程中形成了学术自由和大学自治的传统；从现实考察，现代大学有着共同的理念。大学的理念是创造知识、传播知识、培养人才、服务社会，分别构成了大学的学术自由和社会责任，其中学术自由是实现大学社会责任的基础，构成大学理念的核心部分。

第二章为大学法治的宪法基础。在分析作为宪法基本权利学术自由的内容、性质及特征后，指出学术自由是大学享有的基本权利，大学自治是对于学术自由的制度性保障。大学自治的实现手段包括组织手段和权力手段。在我国确立学术自由和大学自治既有必要性，也有可行性，具体可以通过对宪法规定的扩大解释和主体分化的路径进行。

第三章为大学自治的组织形式。国家设立的大学履行公共行政管理职能，属于行政主体。从大学的历史形成、当今现状以及其他国家对于大学的现行法律定位得出结论，法人是实现大学自治、

保障大学独立于国家的最有效的组织形式。大学属于特殊的行政主体——公务法人。大学公务法人具有自己的特征，更接近于社团法人的性质。

第四章为大学的法人治理。大学法人的权利能力、行为能力和责任能力具有特殊性。大学的法人治理实际是大学的微观自治。在分析大学治理的原则、基本制度和实现手段后，将大学治理的实现手段与大学的自治权力相联系，具体分析大学的自治组织权、自治立法权、自治行政权和自治财政权，并对大学内部的组织模式、领导机关、自治立法的性质等进行了探讨。

第五章为大学的成员。学生、教师和行政人员共同构成大学的成员，学生和教师是大学成员的重要组成部分。作为大学成员的学生和教师与大学之间的关系主要是一种公法关系；学生和教师作为大学成员的身份与公民的身份的不同决定了不同的权利义务内容及制度保障。

第六章为国家与大学的关系。公平与效率决定国家介入大学的必要性，但国家并非教育的垄断者。国家与大学的关系要在变革背景下从管制和放松管制的角度重新分析。在我国，国家的教育职能在范围和方式上需要变革。国家介入大学的方式包括立法介入和行政介入。对行政介入这一国家介入的主要方式，进行了重点阐述。

第七章为大学争议的解决。大学的争议是以大学为一方主体的公法争议，包括大学与外部（国家）争议和大学与内部成员（教师、学生）发生的争议。不同的争议决定了不同的解决机制。大学争议应当通过大学内部争议解决机制、行政解决机制以及司法审查等不同机制来解决。司法是大学权利、大学成员权利的最

后一道屏障。

结语部分。分析我国的立法现状，针对我国大学法制的现实情况，提出三项制度建议：制定教育投入法、制定大学章程和制定大学法。

Abstract

This treatise is composed of 3 parts, mainly introduction, body and finis.

In the introduction, public university is treated as the research object. The article analyse the far-reaching meanings of rule of law of the university, proposing the relating issues and introducing the innovation and deficiency of this text.

Chapter 1 is on the foundations of rule of law of university. From the historical perspect, it has formed the tradition of academic freedom and university autonomy. From real angel , the modern university has common ideas. The idea of the university is to create knowledge,

convey knowledge, train talents, service society, which having formed the academic freedom and community responsibility separately. Among them the academic freedom is the foundation of realizing the community responsibility of the university and the key part of the idea of the university.

Chapter 2 is on the constitutional foundation. After analysing the academic freedom's content, nature and characteristic, the author points out that the academic freedom is the fundamental right that the university enjoys and that university autonomy is the institutional guarantee to the academic freedom. The means of the university-autonomy-realization includes organizing means and power means. It is necessary and feasible to establish academic freedom and university autonomy in our country.

Chapter 3 is on the organizational form of university autonomy. The university that the country sets up fulfilling the public function, is an administrative subject. From historical, current and other country's situation, we can draw a conclusion, that it is the legal person that realizes university autonomy, ensuring its independence of country. The university belongs to the special administrative subject—Legal person of the public affair.

Chapter 4 is about the management for the legal person of the university. The right ability, capacity and responsibility ability of the legal person of the university have its particularity. It is true that the management of the legal person of the university is the micro autonomy. After analyzing the principle that guiding the university management, basic

system and realizing-means, the author tries to make a concrete analysis of the right, autonomy legislative power, autonomy executive power and financial right, and carries on the discussion to nature which the organization mode, leading body, autonomy inside the university legislated, etc. by the way of connecting realizing-meaning with autonomy power.

Chapter 5 deals with members of the university. It also analyzes relationship between university member and university. The student, teacher and administrative personnel form members of the university together. On the basis of distinguishing the identity and citizenship, it analyzes the two as the content of members' rights and obligations of the university and system guarantee, combining with their current situations.

Chapter 6 tackles with a relation between country and university. Efficiency and fairness need that country gets involved in the management of the university, but the country does not a monopsonist in this field. The relation between country and university will be reanalyzed in term of regulation and deregulation. In our country, the education function of the country needs improving on the range and way. The country gets involved in the way of legislating and administrating.

Chapter 7 is about the settlement of the dispute rising from the university. The dispute is a dispute of public law, which includes two types: the one is dispute between university and outsiders; the other is dispute between university and insiders. Different disputes have determined different settlement mechanisms. University dispute needs different dispute-resolution mechanism, such as administrative mechanism, judicial review and so on. The judicial review is a protective screen of

the university's right, university member's right.

At the end of the treatise, three systems are proposed: enacting the educational budget law, making university rules and the university law after analyzing the current legislation situation of our country.

目 录

导论	(1)
第一章 大学法治的基础	(19)
第一节 大学法治的历史基础	(19)
第二节 大学法治的现实基础	(27)
第二章 大学法治的宪法基础	(37)
第一节 学术自由是大学法治的宪法 基础	(37)
第二节 作为学术自由制度性保障的 大学自治	(50)

第三节 转型期的学术自由与大学自治	(57)
第三章 大学自治的组织形式	(66)
第一节 大学自治组织形式的前提	(66)
第二节 大学自治组织形式是行政主体	(74)
第三节 大学行政主体与公法人	(83)
第四节 大学行政主体类型的考察	(93)
第五节 我国大学的行政主体类型定位	(103)
第六节 大学公务法人的特征分析	(114)
第四章 大学的法人治理	(130)
第一节 大学法人的权利能力和行为能力	(130)
第二节 大学的治理	(142)
第三节 大学的自治组织权	(155)
第四节 大学自治立法	(171)
第五节 大学自治行政	(193)
第六节 大学的自治财政	(198)
第五章 大学的成员	(212)
第一节 大学成员概述	(212)
第二节 大学的学生	(215)
第三节 大学的教师	(243)
第六章 国家与大学的关系	(270)
第一节 国家介入大学的价值分析	(271)

第二节 学术自由与国家教育权	(280)
第三节 变革背景中的政府教育职能——管制与 放松管制	(296)
第四节 国家介入大学关系的展开	(316)
第七章 大学争议的处理	(332)
第一节 大学争议及解决机制	(332)
第二节 自治行政诉讼	(342)
第三节 教育行政干预诉讼	(346)
结语：关于大学法治的立法建议	(349)
参 考 文 献	(360)
后 记	(381)

导 论

大学的存在时间超过了任何形式的政府，任何传统、法律的变革和科学思想，因为它们满足了人们的永恒需要。在人类的种种创造中，没有任何东西比大学更经受得住漫长的吞没一切的实践历程的考验。^①

人们常常指责大学对一切都进行研究而就是不研究它们自己，同时人们公开指责它们准备对一切进行改革而不去准备改革它们自己。^②

① [美] 约翰·S·布鲁贝克著，王承绪、郑继伟、张维平、徐辉、张民选译，《高等教育哲学》，浙江教育出版社1998年版，第30页。

② 帕金：《高等教育的革新：英国U.K.H.J的新大学》，经济合作与发展组织，1969。转引自[南斯拉夫]德拉高尔朱布·纳伊曼著，令华、严南德译，《世界高等教育的探讨》，教育科学出版社1982年版，第13页。

一、作为本书研究对象的大学

（一）大学与高等学校、高等教育机构的关系

大学是从事高等教育的机构，但高等教育机构并不只是大学。从事高等教育是大学的活动内容，但并非所有高等教育都是大学的活动内容。

高等教育具有多层次性，指一切建立在中等教育基础上的专业教育，包括专修科教育、本科教育和研究生教育；与高等教育的多层次性相一致，承担高等教育的机构也具有多层次性，包括大学、文理学院、理工学院和师范学院等；形式多样，有全日制的和业余的，面授的和非面授的，学校形式的和非学校形式的等等。高等教育所授予的学位、文凭和证书也是多样的，包括大专文凭、本科文凭、学士学位、硕士学位、博士学位。^①

英国将高等教育机构区分为大学（university）与非大学的高等教育机构（non-university institution），美国也有大学与学院之分。德国大学则通常是指由国家拨款成立和运营、其教学科研人员属于公务员的多科性的研究型高校，不包括国立专科高校、继续教育高校、私立高校和宗教高校。从我国《高等教育法》规定来看，高等学校是指大学、专门学院和专科学校的统称。高等教育机构包括高校、承担研究生教学任务的科研机构和其它从事高等教育的组织，大学是高校的一种，既不同于高等教育机构，也不同于高等学校，而是高校和高等教育机构中最具有典型意义的

^① 参见维基百科，〈<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E9%AB%98%E7%AD%89%E6%95%99%E8%82%B2>〉。

组成部分。^①

（二）作为本书研究对象的大学

作为本书研究对象的大学，主要是指由国家（包括中央和地方政府）设立的研究型意义上的综合型大学，不包括专门以职业培训为目的的学院和专科学校；是指公立大学而非私立大学，包括中央政府和地方政府所设立在大学，即国立大学和省立大学；是指正式大学，“雇佣稳定的教学人员，是永久性的学习机构，开设专门的高深研究的课程，经常实施考试，毕业时授予被认可的毕业文凭或学位证书。”^②公立大学在高等教育机构中占据主导地位，是高等教育机构的核心和典型代表，其它高等教育机构基本是以此为范本建立的。公立大学是我国高等学校改革的突破口所在。

（三）大学的意义

大学是高等教育最主要的提供者。随着社会的发展，虽然大学不再是高等教育的唯一提供者，但它仍然是高等教育首要的核心的提供者。时至今日，大学的意义已经远远超过了高等教育本身，西方大学已经成为现代社会中最重要的组织机构之一，并且

① 高等教育法第2条规定，“本法所称高等教育，是指在完成高级中等教育基础上实施的教育。”第18条规定：“高等教育由高等学校和其它高等教育机构实施。大学、独立设置的学院主要实施本科及本科以上教育。高等专科学校实施专科教育。经国务院教育行政部门批准，科学研究机构可以承担研究生教育的任务。其它高等教育机构实施非学历高等教育。”第68条规定：“本法所称高等学校是指大学、独立设置的学院和高等专科学校，其中包括高等职业学校和成人高等学校。本法所称其它高等教育机构是指除高等学校和经批准承担研究生教育任务的科学研究机构以外的从事高等教育活动的组织。本法有关高等学校的规定适用于其它高等教育机构和经批准承担研究生教育任务的科学研究机构，但是对高等学校专门适用的规定除外。”

② 贺国庆著：《德国和美国大学发达史》，人民教育出版社1998年版，第7页。

重要性仍在与日俱增，被誉为人类社会发展的“动力站”。知识的保存、传授、传播、应用和创新，文明的传承和进步，人才的发掘与培育，科学的发现与技术的更新，社会的文明与理智，不同文化间的交流与沟通，无不依赖于大学作为基础。^①甚至可以说，在当今这一知识经济的时代，“大学已经成为社会的中心结构，大学教育之良窳足以影响乃至决定一个社会的文化与经济的胜衰”。^②

二、大学法治的意义

大学作为高等教育机构，尤其是大学所具有的重要意义，决定了法治对于大学具有重要意义，决定了大学法治的必要性。

（一）大学法治是教育法治的要求

法治作为“一个保护个人自由和社会公平的司法性、宪法性概念”，^③其基本观念就是，“政治权力的运用只能以法律为基础并处于法律的约束之下，必须有一些实体性制度和程序性制度来保护公民自由权和经济自由权，使其免受权力机构的任意干预”。^④大学作为高等教育的机构，服从于教育的一般原理。

法治是一个国家落实教育优先发展战略地位的保障。日本教育事业之所以迅速得到发展，重要的一点就是依靠教育法制的不断

① 参见《汉译世界高等教育名著丛书》总序。

② 金耀基著：《大学之理念》，生活·读书·新知三联书店2001年版，自序，第5页。

③ [德]柯武刚、史漫飞著：《制度经济学》，商务印书馆2000年版，第204页。

④ [德]柯武刚、史漫飞著：《制度经济学》，商务印书馆2000年版，第201页。